Newsletter Droit bancaire et financier n° 3 - MAI 2013

Droit bancaire

Législation

- **Enquête de la Commission européenne sur les commissions interbancaires pratiquées par MasterCard**

Susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles, les commissions interbancaires pratiquées par MasterCard font l'objet d'une enquête approfondie de la Commission européenne.

L'enquête réalisée vise les commissions interbancaires subies par les titulaires de cartes de pays hors Espace économique européen (EEE), les règles relatives à l'acquisition transfrontalière, restreignant la possibilité pour un commerçant de bénéficier des conditions offertes par des banques étrangères établies au sein du marché, et les règles et pratiques commerciales de ces acteurs, notamment l'obligation d'accepter toutes les cartes « *Honour All Cards Rule* » obligeant les commerçants à accepter tous types de cartes bancaires MasterCard. La Commission estime que ces pratiques sont susceptibles de restreindre la concurrence et nuisent aux commerçants dont les coûts augmentent en fonction de ces pratiques.

La durée de l'enquête n'est soumise à aucun délai légal et sera déterminée par la complexité de l'affaire et la coopération de l'entreprise. MasterCard et les autorités nationales de concurrence des États membres ont été alertés de l'ouverture de cette procédure.

Par ailleurs, la Commission entend réglementer sur le sujet avant l'été afin de sécuriser le marché et garantir des conditions de concurrence « équitables pour tous les opérateurs ».

Source : Communiqué Comm. UE n° IP/13/314, 9 avr. 2013

- **Migration SEPA : État des lieux et inquiétudes**

Le Comité national SEPA s'est réuni le 3 avril 2013 en vue d'examiner l'état d'avancement de la migration à SEPA en France. Le Comité s'inquiète de la faible montée en charge des moyens de paiement SEPA : la migration au virement SEPA a peu progressé depuis la fin 2012 et la migration au prélèvement SEPA n'est à ce jour toujours pas engagée. Le Comité national SEPA alerte une nouvelle fois les utilisateurs professionnels du virement et du prélèvement sur les risques de blocage qu'implique une migration tardive dans le contexte d'arrêt définitif des virements et prélèvements au format national le 1er février 2014.

Source : Communiqué FBF 4 Avril 2013

Jurisprudence

- **Les emprunts structurés sanctionnés pour non respect du taux effectif global**

Si le TGI de Nanterre, par ses trois décisions du 8 février 2013, déclare valables les contrats de prêt structurés souscrits par le Département de Seine-Saint-Denis, il sanctionne toutefois la banque par la nullité de la clause d'intérêts conventionnelle pour défaut de mention du TEG.

Source : T.G.I Nanterre 08.02.2013 Voir aussi Bulletin Joly Bourse et produits financiers 2013, n°4, p.187 - note de PAILLER PAULINE

- **TEG et souscription des parts sociales : La Cour de cassation ne cesse de marteler sa jurisprudence**

Selon des offres acceptées les 11 février 2003 et 15 mai 2005 l'intéressée a contracté auprès d'une banque un prêt habitat et un prêt relais, tous deux de nature immobilière, à l'occasion de chacun desquels elle a souscrit des parts sociales de cette société coopérative de banque.

Assignée en paiement des soldes débiteurs de ces concours, elle s'est prévalue notamment de l'absence d'intégration des frais de ces souscriptions dans le calcul du taux effectif global pour opposer, par voie d'exception, la déchéance du droit aux intérêts de la banque.

A violé l'article L. 313-1 du Code de la consommation, ensemble les articles 615 et suivants de l'ancien Code rural la cour d'appel qui, pour débouter l'intéressée de sa demande afférente au prêt relais du 15 mai 2005, a énoncé que la souscription des parts sociales, dont les frais constituent davantage un actif remboursable qu'une charge, n'a pas été imposée par la banque comme une condition de l'octroi du crédit dès lors que cette opération ne relevant manifestement pas des dispositions des articles 615 et suivants du Code rural, n'entrait pas dans le champ d'application de la clause des conditions générales du prêt intitulée « souscription de parts sociales » qui n'impose cette souscription que pour les opérations visées par ces textes, ces motifs étant impropres à exclure que l'octroi du prêt relais ait été subordonné à la souscription de parts sociales de la société coopérative de banque dispensatrice du crédit, sur le coût duquel le montant de cette souscription influait.

Source : Cass. 1er Civil du 24 avril 2013, n° 12-14.377

Doctrine

- Régulation du secteur bancaire et enjeu d'efficacité des règles prudentielles, par TISSEYRE SANDRINE (Gazette du Palais 2013, n°79-80, p.6-9)

- Paralysie des clauses de *walk-away* en cas de désignation d'un administrateur provisoire de l'ACP à la tête d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement, par GAUDEMET ANTOINE (Revue de droit bancaire et financier 2013, n°2, p.63-64)

- Il ne faut pas prendre les collectivités territoriales pour des profanes, et les emprunts structurés pour des produits spéculatifs (à propos de TGI Nanterre, 8 février 2013), par MARTIN JULIEN (Revue de droit bancaire et financier 2013, n°2, p.15-23)

- CRD 4 : enfin un compromis ! par BONNEAU THIERRY (La semaine juridique Entreprise et Affaires n°15, 11 avril 2013)

Droit financier

Législation

- **L'Autorité des marchés financiers approuve les « Dispositions » du règlement de déontologie de l'AFG et l'étend à toutes les sociétés de gestion de portefeuille**

Lors de sa séance du 21 décembre 2012, le Collège de l'AMF a approuvé en qualité de règles professionnelles les « Dispositions » du règlement de déontologie spécifique aux sociétés de gestion d'OPCVM d'épargne salariale de l'Association Française de la Gestion Financière (AFG).

Lors de sa séance du 16 avril 2013 et après avis de l'Association Française des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement (AFECEI), le collège de l'AMF a décidé d'étendre les « Dispositions » de ce Règlement de déontologie à l'ensemble des sociétés de gestion de portefeuille.

Il est rappelé que tout manquement à ces « Dispositions » est susceptible de donner lieu au prononcé d'une injonction ou d'une sanction.

Source : Communiqué de presse de l'AMF du 30 Avril 2013

- **Une consultation internationale sur l'accès des autorités aux données détenues par les référentiels centraux de données est lancée**

Le comité sur les Systèmes de Paiement et de Règlement-Livraison (*Committee on Payment and Settlement Systems, CPSS*) et l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV) ont publié le 11 avril 2013 un rapport consultatif intitulé « Accès des autorités aux données détenues par les référentiels centraux de données ». Le terme autorités fait ici référence aux régulateurs de marchés, aux banques centrales, aux régulateurs prudentiels, aux autorités de résolution bancaire et, le cas échéant, aux institutions financières internationales officielles.

Ces référentiels, prévus par le règlement européen sur les produits dérivés de gré à gré, permettent un enregistrement électronique centralisé des données relatives aux transactions. Ils joueront un rôle clé en faveur de la transparence des marchés dérivés de gré à gré en améliorant la disponibilité des données pour les autorités et le public.

La consultation est ouverte par le CPSS et l'IOCV jusqu'à vendredi 10 mai 2013.

Source : *Consultative report - Autorities' acces to trade repository data*

- **Directive AIFM : publication par l'AMF d'une guide d'accompagnement des sociétés de gestion existantes**

Afin d'aider les sociétés de gestion existantes à anticiper la transposition de la directive sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, dite directive « AIFM », l'Autorité des marchés financiers a publié à leur attention un guide qui a pour vocation de répondre de manière concrète à toutes les questions qu'elles pourraient se poser.

Il est précisé que dès la parution de ce document, les sociétés de gestion auront la possibilité de déposer auprès de l'AMF une demande d'agrément AIFM. Cela leur permettra ainsi d'avoir une offre commerciale, à destination des investisseurs professionnels, disponible dans toute l'Europe dès l'entrée en vigueur du texte. Pour rappel, la directive doit être transposée au plus tard le 22 juillet 2013.

Conçu comme un mode d'emploi à l'attention des sociétés de gestion existantes, ce document détaille concrètement les modalités pratiques pour obtenir un agrément au titre de la directive AIFM. Il est également accompagné de la nouvelle grille d'agrément des sociétés de gestion de portefeuille.

Source : Guide AIFM Société de gestion, Avril 2013

- ## Consultation publique sur les modifications envisagées des livres III et V du règlement général de l'AMF

À la suite de l'entrée en vigueur du règlement n° 648/2012/UE sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux (EMIR), l'AMF a lancé le 8 avril 2013 une consultation publique sur les modifications portant sur le livre III du règlement général concernant les prestataires et sur le livre V relatif aux infrastructures de marché.

L'AMF propose ainsi d'amender le titre IV du livre V du règlement général sur les chambres de compensation. Les principales modifications portent sur :

- l'introduction de la possibilité pour l'AMF d'approuver des règles de fonctionnement dans une langue usuelle en matière financière autre que le français, autrement dit en anglais ;
- les règles de participation à une chambre de compensation, de manière à aligner celle-ci sur les obligations découlant du règlement européen ;
- les conditions de transparence sur les prix et frais afférents aux services que les chambres de compensation fournissent ;
- les exigences en matière de garantie, les règles de fonctionnement devant ainsi décrire les principes régissant la détermination des dépôts de garantie, des marges, des contributions au fonds de défaillance ainsi que les actifs acceptés en couverture ;
- les procédures de gestion en cas de défaillance d'un adhérent de la chambre de compensation et, en particulier, les modalités de transfert des actifs et des positions des clients de l'adhérent compensateur défaillant, qui doivent être décrites dans les règles de fonctionnement de la chambre ;
- certaines dispositions du livre V sont transférées au livre III du règlement général.

Par ailleurs, l'AMF souhaite clarifier certains articles de son règlement général sur les marchés réglementés et systèmes multilatéraux de négociation, les dépositaires centraux et les systèmes de règlement-livraison.

Source : Communiqué AMF, 8 avr. 2013

Jurisprudence

- ## La remise volontaire de correspondances couvertes par le secret

Ayant constaté que les correspondances électroniques que le représentant légal de la société avait accepté de remettre en copie aux enquêteurs n'avaient pas été annexées au rapport d'enquête, et dès lors qu'il n'était pas allégué qu'avaient été fournis aux enquêteurs, préalablement à ces remises, des éléments propres à établir que les messageries contenaient des correspondances couvertes par le secret des échanges entre un avocat et son client, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de rejeter la demande en annulation de la procédure.

Source : Cass. Com 29.01.2013, N° 11-27.33. Voir aussi : Bulletin Joly Bourse et produits financiers 2013, n°4, p.166 - note de SCHMIDT DOMINIQUE

- ## Vers une reconnaissance en droit français de la notion de « bénéficiaire économique »

L'associé unique de deux sociétés luxembourgeoises ayant omis de déclarer à l'AMF plusieurs franchissements, à la hausse et/ou à la baisse, du seuil de 5 % en capital et en droits de vote dans une société cotée, est passible d'une sanction administrative, à raison de sa qualité de « bénéficiaire économique » des personnes morales concernées dont il n'était cependant pas le dirigeant, y compris lorsque l'une d'entre elles a été entre-temps dissoute.

Source : Commission des sanctions de l'AMF 28.01.2013

Doctrine

- Investissement socialement responsable : va-t-il devenir la norme ? (Banque 2013, n°758, p.22-44)
- Typologie des systèmes de négociation dans les projets de révision de la directive MIF, par ROUAUD ANNE-CLAIRE (Revue trimestrielle de droit financier 2013, n°1, p.103-107)
- *Crowdfunding* : placement privé ou offre de titres au public ? Un exemple topique d'une règlementation qui bride le développement de l'innovation, par BRUN JEAN-PASCAL (Revue trimestrielle de droit financier 2013, n°1, p.64-66)
- Les incidences en droit pénal financier de la reconnaissance du délit de violation du secret des affaires, par LASSERRE CAPDEVILLE JEROME (Bulletin Joly Bourse et produits financiers 2013, n°4, p.207-211)
- L'AMF saisie du plus gros dossier d'initié de son histoire, par DUFOUR OLIVIA (Petites Affiches 2013, n°65-66, p.3-4)
- Les dérivés-actions face à la taxation des transactions financières, par METAYER THOMAS, VALENTIN CYRIL (Revue trimestrielle de droit financier 2013, n°1, p.59-60)
- Le trading haute fréquence et l'intégrité du marché, par DESPLAT STEPHANIE, GIZARD BRUNO (Revue de droit bancaire et financier 2013, n°2, p.89-94)
- Abus de marché : de la coexistence à la coordination des procédures répressives administrative et pénale ? , par DEZEUZE ERIC (Revue de droit bancaire et financier 2013, n°2, p.82-86)

Droit commercial et des sociétés

Législation

- ### Adoption de la « class action » à la française

Benoît Hamon a présenté, le 2 mai 2013 en Conseil des ministres, un projet de loi sur la consommation visant à renforcer les droits des consommateurs.

Parmi les mesures phares du texte : l'instauration d'une « action de groupe ». L'objectif est de permettre aux consommateurs victimes d'un même dommage de poursuivre collectivement une entreprise. Seuls sont concernés les dommages matériels.

Selon le texte, la procédure ne pourra être engagée que par l'une des 16 associations de consommateurs agréées par l'État. Elle devra être mandatée par au moins deux consommateurs lésés. Le dossier sera ensuite présenté à un juge. Ce dernier décidera si l'action de groupe est valide ou non. Si c'est le cas, ce sera à l'entrepreneur ou à l'association de faire la publicité de la condamnation. Les consommateurs victimes devront alors se faire connaître. In fine, les dédommagements seront payés directement par l'entreprise ou via l'association.

Source : Communiqué Cons. min., 2 mai 2013 ; Portail du Gouvernement

- ### Quelles nouvelles pour le régime de l'auto-entrepreneur ?

Après la remise du rapport de la mission de l'Inspection générale des finances (IGF) et de l'Inspection générale des affaires sociales (Igas), le Gouvernement a dévoilé les adaptations qu'il souhaite apporter au régime de l'auto-entrepreneur.

Le rapport d'évaluation, qui n'a pas retenu l'idée de limiter dans le temps le bénéfice du régime ou d'exclure des secteurs particuliers, préconise des ajustements du cadre fiscal et social dans le sens d'une plus grande équité avec les autres régimes de création d'entreprise, et formule des recommandations en matière de suivi statistique, d'accompagnement des auto-entrepreneurs et de contrôles.

Source : Communiqué min. Artisanat, Commerce et Tourisme, 10 avr. 2013 ; Site du ministère de l'Artisanat, du Commerce et du Tourisme

- ## Échange de renseignements : vers la mise en œuvre d'un « FATCA » européen ?

Avec ses homologues britannique, allemand, espagnol et italien, Pierre Moscovici, ministre de l'Économie et des Finances, a envoyé, mardi 9 avril 2013, un courrier au commissaire européen en charge de la Fiscalité, pour lui faire part de leur demande commune d'instaurer un projet multilatéral d'échange de renseignements inspiré de la législation américaine « FATCA » (*Foreign Account Tax Compliance Act*), et de voir ce type d'échange s'étendre aux autres États membres et tiers.

Rappelons que la réglementation américaine, dite « FATCA », du 18 mars 2010, impose aux institutions financières non américaines de transmettre, selon un système proche de l'échange automatique de données, à l'*Internal Revenue Service* (IRS), des informations relatives à certains titulaires de comptes bancaires sous peine de sanctions pécuniaires.

Source : Communiqué Minefi, 10 avr. 2013

- ## Statut de juriste d'entreprise étranger est désormais reconnu aux Etats-Unis

Ce nouveau statut sera notamment subordonné aux mêmes obligations de formation continue aux États-Unis que celles des avocats locaux, au paiement de cotisations à l'ordre local des avocats, et à l'obligation de se conformer aux règles déontologiques et de discipline du barreau d'enregistrement.

Le juriste étranger pourra, sous couvert de son nouveau statut protégé, fournir des avis en droit non américain mais également, de façon limitée, en droit américain, sous l'autorité et le contrôle d'un avocat américain interne ou externe à l'entreprise.

Source : Communiqué AFJE, 18 avr. 2013 ; Site de l'Association française des juristes d'entreprise

Jurisprudence

- ## Coup de tonnerre sur le droit des sûretés ?

S'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession (cassation pour violation de l'art. 2333 c. civ. par fausse application et de l'art. L. 527-1 c.com. par refus d'application).

Source : Cass. Com 19.02.2013, n° 11-21.763

- ## Cautionnement : un arrêt sur les mentions manuscrites

En l'espèce, une cour d'appel avait prononcé la nullité d'un cautionnement, estimant que la mention manuscrite rédigée par la caution n'était pas totalement conforme aux exigences des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation. Certes, le contrat de cautionnement ne reprenait pas mot à mot le texte de ces articles. Pour autant, les divergences de rédaction avaient-elles entraîné une méprise de la caution sur la teneur de son engagement ?

La Cour de cassation répond par la négative et tranche en faveur d'une interprétation efficace des articles L. 341-2 et suivant du Code de la consommation : « l'évocation du caractère "personnel et solidaire" du cautionnement, d'une part, la substitution du terme "banque" à ceux de "prêteur" et de "créancier", d'autre part, n'affectaient ni le sens ni la portée des mentions manuscrites prescrites par les articles L. 341-2 et suivant du Code de la consommation ».

Source : Cass. 1er civ., 10 avr. 2013, n° 12-18.544

- ## Abrogation du décret passerelle parlementaires / avocats

Le décret n° 2013-319 du 15 avril 2013 supprime la passerelle vers la profession d'avocat ouverte par le décret n° 2012-441 du 3 avril 2012 aux personnes justifiant de huit ans au moins d'exercice de responsabilités publiques les faisant directement participer à l'élaboration de la loi.

Source : Décret n° 2013-319 du 15 avril 2013

- ## Pour la Cour de cassation, la page Facebook n'est pas un lieu public

La Cour de cassation a été conduite à se prononcer dans l'affaire d'une employée (Mme Y.) qui avait tenu des propos injurieux envers son employeur sur Facebook. Sur sa page, elle avait plaidé pour « l'extermination des directrices comme la (sienne) » et des « patronnes (...) qui nous pourrissent la vie ».

À suivre les Hauts magistrats, « après avoir constaté que les propos litigieux avaient été diffusés sur les comptes ouverts par Mme Y. tant sur le site Facebook que sur le site MSN, lesquels n'étaient en l'espèce accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint, la cour d'appel a retenu, par un motif adopté exempt de caractère hypothétique, que celles-ci formaient une communauté d'intérêts ; qu'elle en a exactement déduit que ces propos ne constituaient pas des injures publiques ».

En d'autres termes, Facebook et MSN ne sont pas des lieux publics. Les propos que l'on y tient ne sont donc pas susceptibles de faire l'objet de poursuites pour diffamation ou injure publique.

On rappellera que la diffamation et l'injure non publiques sont punies par une amende de 38 euros alors que si elles étaient publiques, elles seraient passibles de 12 000 à 45 000 euros d'amende.

Source : Cass. 1re civ., 10 avr. 2013, n° 11-19.530

Doctrine

- Délais de paiement : l'histoire sans fin !, par CHARLES THIERRY (Revue Lamy Droit des affaires 2013, n°80, p.57)

- Clauses de *good/bad leaver* : comment assurer leur pleine efficacité ?, par POTTIER ALEXANDRA, BRISSOT MARIE-HELENE, BRUNSWICK PHILIPPE, BEAUREGARD PHILIPPE (Actes pratiques 2013, n°127, p.25-28)

- Un droit européen des sociétés plus souple pour les PME, Par LECOURT BENOIT (Revue des sociétés, n°5, Mai 2013, p. 319.